

Afin qu'elle joue pleinement son rôle de régulateur des échanges économiques, la concurrence entre entreprises doit exister réellement, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être entravée par des comportements individuels ou collectifs anticoncurrentiels.

De plus une saine concurrence suppose qu'elle soit loyale, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas entachée par l'utilisation de moyens déloyaux.

La fin (conquérir la clientèle) ne doit pas justifier les moyens.

La liberté de concurrence, érigée en tant que dogme depuis le décret d'Allarde ne signifie pas que l'on puisse agir n'importe comment. Le législateur se doit de prohiber certaines pratiques contraires aux usages commerciaux, dont la publicité déloyale. La typologie des comportements publicitaires déloyaux est suffisamment importante pour expliquer un contentieux important dont l'analyse casuistique n'est pas si simple.

La publicité déloyale trouve son fondement à travers la publicité agressive (I), mensongère et parasitaire (II).

I) la Publicité agressive : Une forme de concurrence déloyale

L'une des formes les plus courantes de la publicité déloyale est la publicité agressive. Elle consiste en un dénigrement direct ou indirect de ses concurrents, ou bien encore par le phénomène de l'imitation.

a) La publicité dénigrante

Le dénigrement est le fait de répandre des informations péjoratives sur les concurrents. Il est constitutif de concurrence déloyale quand bien même les critiques formulées contre les concurrents seraient fondées. Pour le doyen Roubier, le dénigrement recoupe des agissements qui « tendent à jeter le discrédit sur un concurrent ou sur les produits fabriqués ». Pour qu'il y ait dénigrement répréhensible, il faut néanmoins que les concurrents nommément désignés ou identifiables. Les frontières avec la diffamation sont parfois difficiles à cerner. On peut énoncer que la diffamation vise une personne ou un ensemble de personnes (Cass.civ.30 mai 2006).

Interdit par l'article L 121-9-2 du code de consommation, le dénigrement est la limite naturelle de la publicité comparative.

Ainsi donc, dès que la publicité sortira de ses limites fixées par la loi, celle-ci sera considérée comme un dénigrement. Vanter un nouveau produit ou un nouveau service, n'autorise pas l'annonceur à franchir les limites de la loyauté commerciale.

Dans un tel cas, l'annonceur peut voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'action en concurrence déloyale.

La doctrine a eu l'occasion d'établir une liste des différents comportements jugés comme déloyaux, et le dénigrement en fait parti.

Si la publicité est licite, elle ne peut user de procédés jugés comme déloyaux pour détourner la clientèle d'un concurrent. Comme l'exprime la Cour de cassation « *si la recherche de clientèle est l'essence même du commerce, l'abus de la liberté du commerce causant, volontairement ou non, un trouble commercial constitue un acte de concurrence déloyale ou illicite* ».

Nous aurons compris que le dénigrement correspond à des actions qui tendent à jeter le discrédit sur un concurrent ou sur des produits fabriqués par ce même concurrent.

Ainsi récemment, dans une affaire opposant France Télécom à l'un de ses concurrents qui avait désigné ses produits, l'arrêt a retenu la condition d'identification en relevant « *même si France Telecom n'est pas citée, sa désignation est transparente ; en effet, il est fait référence aux termes repris par cette société dans sa publicité ce qui permet d'identifier parfaitement la personne visée* »

Les juridictions distinguent d'ailleurs le dénigrement direct, du dénigrement indirect.

- concernant le dénigrement direct, on peut relever des critiques sur les prix pratiqués par les concurrents, les critiques sur la qualité des produits. L'action en concurrence déloyale sera fondée sur des usages qui permettent de tolérer ce qui est excessif ou tolérable.

Le dénigrement indirect peut résulter du procédé qui consiste à jeter le discrédit sur les produits du concurrent en faisant état par exemple du danger de leur utilisation. Mais un tel comportement participe également de la publicité trompeuse qui elle également peut fonder l'action en concurrence déloyale, tout comme la publicité parasitaire.

Le dénigrement peut également intervenir dans le cadre de la publicité comparative. Bien souvent, une publicité est dénigrante vis-à-vis de ses concurrents par la comparaison des qualités des biens de l'annonceur par rapport au défaut des produits de ses concurrents.

b) la publicité imitante

L'imitation publicitaire engendre un risque de confusion qui a pour effet de porter atteinte à l'effectivité de la publicité agressée. S'appuyant sur la théorie générale de la concurrence déloyale, la publicité imitante doit avoir mise en évidence une faute créatrice de confusion.

La démonstration d'une faute à la charge de l'annonceur déloyal est la condition essentielle pour que l'action en concurrence déloyale trouvant son fondement par l'article 1382 du code civil ait une chance de prospérer. Cette faute est en principe appréciée par rapport au destinataire moyen de la publicité, soit le consommateur.

Pour prouver la faute de l'annonceur déloyal, la victime devra démontrer l'existence d'une imitation et justifier de son antériorité. La faute sera en général à rechercher dans le but poursuivi consistant, le plus souvent, en la volonté de profiter à moindre coût des campagnes promotionnelles du parasite même si les protagonistes ne sont pas en concurrence.

Les décisions rendues par la cour d'appel de Douai ont retenu que sous couvert d'une publicité comparative, la société les 3 suisses avait attribué de façon fallacieuse à ses prestations des vertus supérieures aux services proposés par la redoute. L'imitation fautive peut ne concerner qu'une partie de la publicité et notamment le slogan dès lors que deux sociétés sont en situation de concurrence.

Ainsi donc la jurisprudence sanctionne l'imitation de publicité dans le cadre de l'action en concurrence déloyale dans la mesure où un risque de confusion est créé dans l'esprit du public (Cass.com.7 nov.1979). Cette exigence trouve son origine dans plusieurs arrêts de la cour de cassation rendus dans les années 60.

II) La publicité Mensongère et Parasitaire : des comportements déloyaux sanctionnés par l'action en concurrence déloyale

il existe une forme de publicité déloyale qui ne trouve pas nécessairement son fondement par le biais du dénigrement mais qui en raison du préjudice causé au concurrent constitue une faute et donc les articles 1382 et 1383 du code civil trouvent matière à s'appliquer. Il s'agit de la publicité mensongère et de la publicité parasitaire.

a) la publicité déloyale par le mensonge

L'article L 121-1 et suivants réprime la publicité mensongère et trompeuse. S'agissant de l'action en concurrence déloyale fondée sur une publicité mensongère ou trompeuse, la victime devra prouver la faute, le préjudice et le lien de causalité.

Reprenant la distinction opérée par les textes, les tribunaux établissent une distinction entre la publicité mensongère et la publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur. Toutes deux sont constitutives de faute civile à l'origine de l'action en concurrence déloyale.

L'action en concurrence déloyale fondée sur la publicité trompeuse doit pour être reçue mettre en avant le risque de confusion entre les opérateurs concurrents.

Pour ce qui est du mensonge lui-même, la jurisprudence révèle qu'il porte le plus souvent sur l'origine du produit, la nature du produit, ou encore les qualités du produit.

b) la publicité parasitaire

La publicité parasitaire ne répond pas à une définition uniforme. Elle constitue l'une des représentations de la concurrence parasitaire. Les juges dissocient la concurrence par confusion et la concurrence parasitaire.

La concurrence parasitaire peut avoir pour effet la confusion entre les éléments de la publicité, mais la recherche de cette confusion n'est pas l'élément constitutif de la concurrence parasitaire.

Notons que la Cour de cassation a jugé que les agissements parasitaires d'une société peuvent être constitutifs d'une faute au sens de l'article 1382 du code civil même en l'absence de toute situation de concurrence.

A titre d'exemple, l'arrêt du 4 mars 2004 « En l'espèce, SFR et son agence de publicité ont utilisé dans le cadre d'une campagne de publicité de grande ampleur, un personnage ressemblant à celui de « LELOO » créée par Luc BESSON pour le « cinquième élément ». Le Tribunal de Grande Instance de Paris a jugé en mars 2004, que la reprise de certains éléments du film constituait un acte de parasitisme et condamne l'opérateur de téléphonie mobile et son agence de publicité ».

Toutefois l'existence d'un lien de concurrence aura pour effet de renforcer la protection du parasité dont le client est attaqué au moyen de procédé parasitaire.

La publicité parasitaire appelée par la doctrine « agissements parasitaires » se matérialise par l'imitation des slogans publicitaires, la reproduction de la publicité d'autrui, l'usurpation d'idées publicitaires d'autrui.

Concernant l'imitation des slogans publicitaires, la jurisprudence relève le risque de confusion existant dans l'esprit des clients et écarte le plus souvent l'incrimination, si le slogan imité est banal ou si les termes courants relèvent du langage courant.

L'imitation de la publicité d'autrui constitue également un agissement parasitaire. Cette forme de parasitisme s'illustre par l'emprunt de tout ou partie de la publicité d'autrui.

On doit conclure de cet aperçu que la publicité déloyale s'exprime sous toutes ses formes et s'appréhende par le biais de règles légales, jurisprudentielles.

L'action en concurrence déloyale qui est la sanction de ces comportements déloyaux est confirmée à travers de nombreuses décisions et trouve son fondement au carrefour du droit des obligations.